

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 14

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS

und Professor Dr. Michael R. WILL

Dr. Martin SEIDEL

Ministerialrat im Bundesministerium für Wirtschaft, Bonn

DIREKTWIRKUNG VON RICHTLINIEN

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes

Saarbrücken, 8. Februar 1983

Direktwirkung von Richtlinien

Die folgenden Ausführungen betreffen die Problematik der sogenannten Direkt- oder Drittwirkung von Richtlinien des Gemeinschaftsrechts. Hierbei handelt es sich um ein sehr heikles Thema des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Das Thema verdient besondere Aufmerksamkeit, zumal es in jüngster Zeit eine heftige Kontroverse zwischen dem Bundesfinanzhof bzw. dem französischen Conseil d'Etat auf der einen Seite und dem Europäischen Gerichtshof auf der anderen Seite ausgelöst hat.¹

Die Fragestellung, der sich die Ausführungen zuwenden, bedarf in zweifacher Hinsicht einer Klarstellung:

Es geht zunächst nicht nur um die Direkt- oder Drittwirkung von Richtlinien, sondern aller an die Mitgliedstaaten gerichteten Rechtsakte des Gemeinschaftsgesetzgebers. In die Betrachtung sind demnach auch Entscheidungen von Rat und Kommission einbezogen, soweit sich diese - wie beispielsweise die Untersagung des Beihilfevorhabens eines Mitgliedstaates durch die Kommission gemäß Artikel 93 Absatz 3 EWG-Vertrag - an einen Mitgliedstaat richten. Während Richtlinien nach der Legaldefinition des Artikels 189 EWG-Vertrag immer an die Mitgliedstaaten gerichtet sind, kommen als Adressaten von Entscheidungen sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Wirtschaftssubjekte in Betracht. Bei ausschließlicher Anordnung an einen, mehrere oder alle Mitgliedstaaten gerichteten Entscheidungen stellt sich gegebenenfalls die Frage der Direkt- oder der Drittwirkung zugunsten Einzelner gleichermaßen wie bei einer Richtlinie.

In der wissenschaftlichen Diskussion, die anlässlich des Urteils des EuGH vom 19. Januar 1982 (Rechtssache 8/81)² zur unmittelbaren Wirkung bestimmter Vorschriften der Sechsten Mehrwertsteuer-Harmonisierungsrichtlinie ausgelöst worden ist³, wird nicht hinreichend gewürdigt, daß die Grundlage für die kritisierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs mit dem

Urteil vom 6. Oktober 1970 (Rechtssache 9/70), dem sogenannten Leber-Pfennig-Urteil gelegt worden ist⁴. In jenem Verfahren ging es um die Frage, ob sich aus einer an die Mitgliedstaaten gerichteten Entscheidung des Rates, nämlich der Entscheidung 65/271/EWG des Rates vom 13. Mai 1965 "über die Harmonisierung bestimmter Vorschriften, die den Wettbewerb im Eisenbahn-, Strassen- und Binnenschiffsverkehr beeinflussen"⁵, Rechtswirkungen und Rechte zugunsten Einzelner ergeben können, auf die sich diese vor dem nationalen Richter berufen können. Bekanntlich hat der Gerichtshof in dem besagten Urteil dem in Artikel 4 Absatz 2 dieser Entscheidung festgelegten und ausschließlich an die Mitgliedstaaten gerichteten Verbot, das gemeinsame Umsatzsteuersystem nicht mit einer spezifischen Steuer zu kumulieren, unmittelbare Wirkung beigemessen. Unerheblich ist, daß der Gerichtshof die unmittelbare Wirkung des Artikels 4 der Entscheidung erst mit dem 1. Januar 1972, dem Tag des Inkrafttretens der Dritten Mehrwertsteuer-Harmonisierungsrichtlinie eintreten läßt. Das gemeinsame Umsatzsteuersystem, das mit diesem Tag in Kraft trat, stellt seinerseits ein Tatbestandsmerkmal des Kumulierungsverbots des Artikels 4 Absatz 2 der besagten Entscheidung dar. Nicht die Dritte Mehrwertsteuer-Harmonisierungsrichtlinie, sondern das in Artikel 4 jener Entscheidung festgelegte Kumulierungsverbot wurde am 1. Januar 1972 aufgrund des Urteils des Gerichtshofes direkt- bzw. drittwirksam.

Der erste Fall, in dem der Gerichtshof einem staatengerichteten Rechtsakt Wirkungen zugunsten Einzelner zuerkannt hat, geht somit auf das Jahr 1970 zurück; er betraf keine Richtlinie, sondern eine staatengerichtete Entscheidung, wobei es seinerzeit zu keiner vergleichbar kontroversen Diskussion kam. Die Auswirkungen des Leber-Pfennig-Urteils wurden in den Mitgliedstaaten aber klar erkannt. Ein Mitgliedstaat befaßte den Ausschuß der Ständigen Vertreter mit dem Antrag, die Auswirkungen des Urteils in einer Gruppe von Sachverständigen der Mitgliedstaaten erörtern zu lassen. Hingewiesen wurde auf die angebliche Rechtsunsicherheit, die durch das Urteil ausgelöst würde, weil

sich nur schwer voraussehen ließe, welche Bestimmungen einer Richtlinie oder Entscheidung unmittelbar wirksam seien. Das Argument, daß die unmittelbare Wirkung von Entscheidungen und Richtlinien vielfach die Systematik des nationalen Rechts beeinträchtigt, fehlt auch seinerzeit nicht. Die damaligen Überlegungen, die mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs angeblich verbundenen Schwierigkeiten zu beheben, gipfelten in dem Vorschlag, daß in jede Richtlinie und Entscheidung ein besonderer Artikel aufgenommen werden sollte, demzufolge die Richtlinie bzw. Entscheidung an die Mitgliedstaaten gerichtet sei und in allen ihren Teilen in den Mitgliedstaaten nicht unmittelbar gelte. Dies war der Versuch, mit den Mitteln des Gesetzgebers einer angeblich durch den EWG-Vertrag nicht gedeckten Rechtsprechung des Gerichtshofs entgegenzuwirken; der Anlauf scheiterte aufgrund der sehr bald lautgewordenen Befürchtung, daß bereits eine Erörterung der aus dem Urteil zu ziehenden Folgerungen von der Öffentlichkeit den Mitgliedstaaten als unangemessene Urteilsschelte und ungerechtfertigte Ablehnung einer integrationsfreundlichen Rechtsprechung angelastet werden könnte. Es bleibt aufzuzeigen, daß ein Beschluß des Gemeinschaftsgesetzgebers, wonach eine Richtlinie bzw. Entscheidung keine unmittelbaren Wirkungen entfalte, das heißt, ein Einzelner sich vor dem nationalen Gericht auf eine dem Staat gegenüber der Gemeinschaft obliegende Verpflichtung aus einer Richtlinie bzw. Entscheidung nicht berufen könne, keine rechtliche Handhabe zur Begrenzung der Wirkungen der Rechtsprechung darstellen würde. Die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie bzw. Entscheidung ergibt sich - um das Ergebnis der Untersuchung vorweg zu nehmen - aus dem sogenannten primären, das heißt dem vertraglichen Gemeinschaftsrecht; sie teilt dessen Qualität und steht damit nicht zur Disposition des Gemeinschaftsgesetzgebers. Als Institutionen des vertraglichen Gemeinschaftsrechts unterliegen die Verordnung, die Richtlinie und die Entscheidung hinsichtlich der Wirkungen, die sie entfalten, zwar der Interpretationshoheit des Gerichtshofs, nicht jedoch der Gestaltungsfreiheit des Gemeinschaftsgesetzgebers.

Die Wissenschaft hat seinerzeit weniger kritisch auf das Leber-Pfennig-Urteil des Gerichtshofs reagiert. Bereits aus der Zeit vor dem Urteil sind Aussagen des Schrifttums nachweisbar, daß sich aus Richtlinien und Entscheidungen im Wege einer Reflexwirkung Rechte Einzelner ergeben können. Der Gerichtshof hat bekanntlich erstmalig in dem Urteil vom 5.2.1963 (RS 26/62, van Gend u. Loos)⁶ zu dem in Artikel 12 EWG-Vertrag enthaltenen Verbot der Neueinführung von Zöllen und zollgleichen Abgaben die These vertreten, daß der Einzelne für den Fall eines Verstoßes eines Mitgliedstaates gegen das ihm auferlegte - ausreichend konkretisierte und unbedingte - Verbot der Wiedereinführung eines Zolles oder einer zollgleichen Abgabe vor dem nationalen Gericht kraft Gemeinschaftsrechts geltend machen könne, daß ihm dieser Verstoß nicht zum Nachteil gereichen dürfte. Noch vor dem Erlaß des Leber-Pfennig-Urteils hatten sich im Schrifttum Daig⁷ und Zuleeg⁸ dafür ausgesprochen, daß die vom Gerichtshof entwickelten Grundsätze zur Direktwirkung der Unterlassungsgebote des vertraglichen Gemeinschaftsrechts wohl auch für das sekundäre Gemeinschaftsrecht gelten müßten. Beiden Autoren bereitete die Erstreckung der Rechtsprechung des Gerichtshofes auf Richtlinien und Entscheidungen keine besonderen Probleme; offensichtlich ging die Wissenschaft davon aus, daß die Erstreckung der Grundsätze über die Drittwirkung unbedingter vertraglicher Unterlassungsgebote auf Richtlinien und Entscheidungen angesichts des - vermuteten - weiten gestalterischen Ermessens des nationalen Umsetzungsgesetzgebers nur in unbedeutenden und kaum konfliktträchtigen Fällen zum Tragen kommen würde. Nach dem Erlaß des Leber-Pfennig-Urteils hat sich vor allem Grabitz⁹ zu der Problematik geäußert und die nunmehr anerkannte Direktwirkung von Richtlinien und Entscheidungen als eine integrationspolitisch höchst bedeutsame Leistung des Gerichtshofes bezeichnet. Die auch ihm nicht verborgen gebliebenen Zweifel, die sich hinsichtlich einer unmittelbaren Wirkung von Richtlinien und Entscheidungen aufgrund des Wortlauts des Artikels 189 EWG-Vertrag ergeben, hat Grabitz mit Hilfe einer feinsinnigen Unterscheidung zwischen "Individualwirksam-

keit" und "unmittelbarer Anwendung" auszuräumen versucht. In seinem 1972 erschienenen großen Werk über das "Europäische Gemeinschaftsrecht" stützt sich Ipsen¹⁰ ersichtlich auf die grundlegende Abhandlung von Grabitz. Auch ohne ein vollständiges Studium der wissenschaftlichen Äußerungen zu der Problematik in den 70er Jahren, insbesondere auch des ausländischen Schrifttums läßt sich sagen, daß erst aufgrund der Fallgestaltungen, die den neueren Entscheidungen des Gerichtshofes zugrundelagen, die volle Tragweite der Rechtsprechung des Gerichtshofes deutlich geworden ist.

So hat das Urteil des Gerichtshofes vom 5.4.1979 (RS 148/78 - Ratti-)¹¹ deutlich werden lassen, daß die Direktwirkung von Richtlinien zur Unanwendbarkeit einer nach wie vor gültigen nationalen Strafrechtsnorm führt, ein Angeklagter trotz eines Verstoßes gegen nationales Strafrecht aufgrund Gemeinschaftsrecht Straffreiheit in Anspruch nehmen kann. Der italienische Staat hatte im Zeitpunkt der Straftat zwei Rechtsangleichungs-Richtlinien des Rates, nämlich die Richtlinie 73/173/EWG vom 4. Juni 1973 "für die Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung von Zubereitungen gefährlicher Stoffe (Lösemittel)"¹² und die Richtlinie 77/728/EWG vom 7. November 1977 "für die Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung von Anstreichmitteln, Lacken, Druckfarben, Klebstoffen und dergleichen"¹³ trotz Ablauf der in den Richtlinien festgelegten Frist für die Übernahme der Gemeinschaftsregelung in das nationale Recht nicht umgesetzt. Der Angeklagte bzw. seine Firma war bei der Verpackung ihrer Erzeugnisse ungeachtet der noch ausstehenden Umsetzung in italienisches Recht nach den Regelungen der Richtlinie verfahren; sie hatte damit gegen die nach wie vor weitergeltende italienische Gesetzgebung verstoßen, die hinsichtlich der betreffenden Regelung strengere Anforderungen als die Richtlinie stellte. Der Gerichtshof entschied, daß ein Mitgliedstaat nach dem Ablauf der zur Durchführung einer Richtlinie gesetzten Frist sein dieser Richtlinie nicht angepaßtes innerstaatliches Recht - auch wenn es Strafsanktionen vorsieht - nicht auf eine Person

anwenden kann, die Vorschriften der Richtlinie nachgekommen ist. Obgleich das Neue dieser Entscheidung im Grunde genommen nur in der Feststellung lag, daß die Drittwirkung von Richtlinien und Entscheidungen auch vor dem nationalen Strafrecht nicht halt macht, war ersichtlich dieses Urteil der Auslöser für eine erneute wissenschaftliche Debatte der Problematik.

Die beiden Entscheidungen des Gerichtshofes vom 4.12.1974 (RS 41/74 - van Duyn -)¹⁴ und vom 26.2.1975 (RS 67/74 - Bon-signore -)¹⁵, die zeitlich diesem Urteil vorausgegangen waren, hatten zu der Feststellung geführt, daß ein Einzelner, der eine auf Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gestützte Ausweisungsverfügung vor einem nationalen Gericht anfecht, unter Berufung auf die Richtlinie 64/221 des Rates vom 25.2.1964 "zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind"¹⁶ geltend machen könne, daß die nationale gesetzliche Regelung bzw. die Ausweisungsverfügung nicht dem Willen und den Vorstellungen des Gemeinschaftsgesetzgebers entspreche. Anlässlich dieser beiden Urteile hätte bereits eine sehr bedeutsame Folgewirkung der Drittwirkung von Richtlinien und Entscheidungen allgemein anerkannt werden können; nämlich die Folge, daß die Rechtsprechung des Gerichtshofes im Bereich der zweistufigen Rechtsetzung, wie sie aufgrund der Richtlinie und der Entscheidung erfolgt, im Ergebnis auf eine Überprüfung auch des Umsetzungshandelns der Mitgliedstaaten, das heißt der Umsetzungsgesetzgebung und des Verwaltungshandelns durch den Europäischen Gerichtshof hinausläuft. Daß sich diese Erkenntnis noch nicht anlässlich dieser Urteile ausbreitete, lag vermutlich daran, daß der Gerichtshof mit diesen Entscheidungen einem allgemein anerkannten gesellschaftspolitischen Anliegen entsprechend der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu einem wirksamen Schutz verholfen hat. Auch mag die Überlegung entgegengewirkt haben, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer an sich auch Verordnungen erlassen

kann, die unmittelbar Rechte und Pflichten begründen und in ihrer Wirkung über die "Direktwirkung" von Richtlinien hinausgehen.

Mit diesen beiden Urteilen in sachlichem Zusammenhang steht das erwähnte Urteil des französischen Conseil d'Etat vom 22.12.1978¹⁷. Abweichend von der ihm bekannten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nimmt der Conseil d'Etat in dieser Entscheidung den Standpunkt ein, daß sich die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates zur Begründung einer Klage gegen einen Verwaltungsakt, im konkreten Fall gegen eine Ausweisungsverfügung, nicht auf Richtlinien des Gemeinschaftsrechts berufen können. Zur Begründung seines Standpunktes stützt sich der Conseil d'Etat auf das fast klassisch zu bezeichnende Argument aus Artikel 189 EWG-Vertrag, wonach Richtlinien für die Mitgliedstaaten nur "hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich" seien. Die innerstaatlichen Stellen seien zwecks Erreichung der damit gesetzten Ziele gehalten, ihre Gesetzes- und Verwaltungsvorschriften den an sie ergehenden Richtlinien anzupassen; sie blieben aber allein zuständig zu beschließen, in welcher Form die Richtlinien durchgeführt würden; sie würden unter Kontrolle der einzelstaatlichen Gerichtsbarkeit selbst die geeigneten Mittel bestimmen, damit die Richtlinien im innerstaatlichen Recht wirksam werden¹⁸.

Den Vorabentscheidungsverfahren im Bereich der Mehrwertsteuer-Harmonisierung blieb es vorbehalten, die volle Tragweite der Direktwirkung von Richtlinien in das Bewußtsein der interessierten Kreise zu heben und vor allem der Erkenntnis zum Durchbruch zu verhelfen, daß die Rechtsprechung des Gerichtshofes bei einer Detailharmonisierung - die indes nicht nur im Bereich des Steuerrechts der integrationspolitischen Zielsetzung der Rechtsangleichung entspricht - zwangsläufig eine weitgehende Kontrolle der Umsetzungsgesetzgebung der Mitgliedstaaten bedeutet. Die in Durchführung von Harmonisierungsrichtlinien des Rates von den Mitgliedstaaten erlassene Mehrwertsteuergesetzgebung unterliegt

als Folge der Drittwirkung der Richtlinien nicht mehr ausschließlich der Interpretations- und Gestaltungshoheit der nationalen Finanzgerichtsbarkeit, sondern wird für die Gemeinschaft einheitlich vom Europäischen Gerichtshof interpretiert und damit ausgestaltet. Der Bundesfinanzhof hat bekanntlich in dem eingangs erwähnten Beschluß vom 16. Juli 1981 kurz und bündig festgestellt, daß eine Richtlinie in den Mitgliedstaaten kein unmittelbar geltendes Recht erzeugen könne; das gelte selbst dann, wenn ein Mitgliedstaat entgegen seiner Verpflichtung die Anpassung seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften entgegen der Richtlinie nicht fristgemäß vorgenommen habe; die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Wirkungsweise beziehe sich nur auf das Recht der Europäischen Gemeinschaften¹⁹. Der Europäische Gerichtshof hat demgegenüber in Kenntnis der Haltung des Bundesfinanzhofes - der sich im übrigen ausdrücklich auf den Conseil d'Etat bezogen hat - in dem ebenfalls bereits erwähnten Urteil vom 19. Januar 1982 (RS 8/81 - Becker -)²⁰ im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens des Finanzgerichts Münster auch für den Bereich der Steuerharmonisierung klargestellt, daß sich Einzelne vor den nationalen Gerichten bei nicht erfolgter Umsetzung auf die Harmonisierungsrichtlinien, jedenfalls auf bestimmte Regelungen der Richtlinien berufen können. Im konkreten Fall, dessen Sachverhalt mit dem Sachverhalt der Entscheidung des Bundesfinanzhofes identisch ist, wurde einem Kreditvermittler gestattet, die Umsatzsteuerfreiheit der Umsätze aus der Kreditvermittlung in Anspruch zu nehmen, wie sie die Sechste Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 "zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern - Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage" (sog. 6. Mehrwertsteuer-Richtlinie)²¹ in Artikel 13 Teil B wahlweise gestattet; das deutsche Umsatzsteuerrecht, das zur Zeit des Verfahrens trotz Fristablauf an die Richtlinie nicht angepaßt war, sah diese Möglichkeit der Umsatzsteuerbefreiung nicht vor.

Der Bundesfinanzhof hat bislang nicht zu erkennen gegeben, ob er sich den übrigen deutschen Gerichten anschließen und, wie beispielsweise auch das Bundesverwaltungsgericht²² die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Grundlage seiner Judikatur machen oder bei seiner bisherigen Haltung verbleiben will. Auf dem letzten Internationalen Steuerberater-Kongreß im Herbst vergangenen Jahres in Aachen war die Auffassung zu hören, daß der Bundesfinanzhof demnächst ein abschließendes klarstellendes Wort, und zwar im Sinne einer Aufrechterhaltung seines bisherigen Standpunktes - im Einklang mit dem Conseil d'Etat - sprechen sollte.

Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Drittwirkung von Richtlinien und Entscheidungen wird vor allem von denjenigen als besonders problematisch herausgekehrt, die dem Gerichtshof allgemein vorhalten glauben zu müssen, daß er die ihm zugewiesenen Befugnisse und Aufgaben überschreite.

Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Drittwirkung läßt sich jedoch weder hinsichtlich ihrer Zielsetzung noch hinsichtlich ihrer rechtstheoretischen Begründung in Frage stellen; sie kann vor allem nicht als eine Überschreitung der dem Gerichtshof zugewiesenen Kompetenz kritisiert werden. Die Kritik an dieser Rechtsprechung stellt zugleich einen Angriff auf die Rechtsprechung zur Drittwirkung der Unterlassungsverpflichtungen des vertraglichen Gemeinschaftsrechts dar, die der Gerichtshof mit dem Urteil vom 5.2.1963 (RS 26/62 - van Gend u. Loos)²³ begründet hat, und die inzwischen allgemein anerkannt ist. Einzuräumen ist lediglich, daß die Identität des Rechtssachverhaltes möglicherweise nicht ohne weiteres zu erkennen ist:

Die Direktwirkung oder Drittwirkung bedeutet nicht, daß sich mit der dem Einzelnen zuerkannten Rechtsposition der normative Gehalt der Richtlinie oder Entscheidung ändert. Dieser besteht ungeachtet der "Direktwirkung" unverändert darin, daß dem Mitgliedstaat

ein bestimmtes Handeln aufgegeben wird. Dieses kann darin bestehen, daß der Mitgliedstaat eine konkrete Regelung als Gesetzes- oder Verwaltungsvorschrift einführt, daß er eine diesbezügliche Regelung aufhebt oder anders ausgestaltet. Der normative Gehalt dessen, was als "Drittwirkung" der Richtlinie bzw. der Entscheidung umschrieben wird, besteht darin, daß ein Einzelner in einem Verfahren vor einem nationalen Gericht gegenüber der Staatshoheitsgewalt geltend machen kann, daß ihm eine bestimmte nationale Rechtsvorschrift, deren Anwendung ihn belasten würde, nicht entgegengehalten werden könne, weil der Mitgliedstaat kraft einer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung, die ihm gegenüber der Gemeinschaft obliegt, zu deren Aufhebung oder zur Änderung verpflichtet sei. Macht ein Einzelner, wie in dem erwähnten Fall der Rechtssache 148/78 der angeklagte Geschäftsführer Ratti geltend, daß eine nationale Vorschrift kraft Gemeinschaftsrechts der Änderung unterliege, richtet sich sein Rechtsvorwurf nicht etwa darauf, daß der Mitgliedstaat der Verpflichtung zum Erlaß einer neuen, der Richtlinie entsprechenden Gesetzgebung nicht nachgekommen ist. Vielmehr beruft er sich hinsichtlich des ihn belastenden Teils der nationalen Regelung darauf, daß insoweit eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur uneingeschränkten Aufhebung der nationalen Regelung, das heißt ein gemeinschaftsrechtliches Verbot der Aufrechterhaltung und der Wiedereinführung dieser Regelung besteht.

Die sogenannte Direktwirkung oder Drittwirkung erweist sich somit als ein gegen die Staatshoheitsgewalt gerichteter subjektiv öffentlicher Anspruch darauf, daß eine bestimmte nationale Regelung, die einerseits individuelle Interessen beeinträchtigt und der andererseits die gemeinschaftsrechtliche Legitimation zur Beibehaltung fehlt, nicht zur Geltung gelangen darf. Der Grund, aus dem das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen diese Rechtsposition zubilligt, ist darin zu sehen, daß die Normen des Gemeinschaftsrechts funktionsadäquat zur Geltung gelangen müssen. Hierbei handelt es sich um einen aus der Aufgabe und der Struktur des Gemeinschaftsrechts nach Auffassung des Gerichtshofs ableitbaren Legitimitätsgrund, der allgemein als *effet utile* des Gemeinschaftsrechts umschrieben wird.

In diesem Zusammenhang interessiert zunächst die Feststellung, daß die sogenannte Direktwirkung von staatengerichteten Rechtsakten des Gemeinschaftsgesetzgebers ihrem Inhalt nach ein Freiheitsrecht bzw. einen Abwendungsanspruch darstellt, der im Verhältnis des Gemeinschaftsbürgers gegenüber seiner Staatsgewalt zur Geltung gelangt. Dieses Recht ergibt sich nicht aus dem vom Gemeinschaftsgesetzgeber verfügbaren normativen Gehalt der Richtlinie oder Entscheidung; er folgt vielmehr als eine Wirkung, die von jeder Richtlinie und Entscheidung entfaltet wird, aus einer allgemeinen vorrangigen Rechtsnorm des vertraglichen Gemeinschaftsrechts. Das übergeordnete vertragliche Gemeinschaftsrecht löst die Entstehung dieser Rechtsposition im Falle des Erlasses einer Richtlinie oder Entscheidung allerdings nicht schlechthin, sondern nur bei einer bestimmten Bedingungskonstellation aus:

Von der Vorstellung geleitet, daß das Gemeinschaftsrecht einen *effet utile*, das heißt eine funktionsadäquate Wirkung haben müsse, hat der Gerichtshof zu den vertraglichen Verbotsregelungen den Rechtssatz herausgearbeitet, daß sich der Einzelne vor dem nationalen Richter auf die den Mitgliedstaaten auferlegten vertraglichen Gebote der Aufhebung bestimmter nationaler Regelungen und Maßnahmen bzw. auf die entsprechenden Verbote der Wiedereinführung dieser Regelungen und Maßnahmen, wenn diese hinreichend konkret und bestimmt sind, berufen könne. Der Gerichtshof hat mit dieser Rechtsprechung den staatengerichteten Verpflichtungen des vertraglichen Gemeinschaftsrechts nicht etwa normative Wirkungen zugunsten der Einzelnen beigemessen; die besagten Gebote und Verbote betreffen vielmehr das Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Gemeinschaft, ohne daß sie die staatliche Hoheit und die nationalen Kompetenzen mit einer als dinglich zu bezeichnenden Wirkung berühren. Die dem Einzelnen aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofes als Folge der "unmittelbaren Wirkung" dieser Regelungen zuerkannte Rechtsposition ist nicht die Folge einer über diesen Regelungsgehalt hinausgehenden Verdrängung der nationalen Regelungskompetenz; sie erschöpft sich aber auch nicht darin, daß dem

Einzelnen neben der Gemeinschaft ein - allein nach den Verfahren des Gemeinschaftsrechts durchsetzbarer - Anspruch auf Einhaltung der vertraglichen Gebote und Verbote zusteht. Im ersteren Fall wäre eine gemeinschaftsrechtswidrig erlassene nationale Regelung nicht mehr nur, wie es das gemeinschaftsrechtliche Aufsichtsverfahren der Artikel 169 ff. EWG-Vertrag vorsieht, als verfassungswidrig, sondern mangels Kompetenz als unwirksam oder nichtig einzustufen; im zweiten Fall müßte dem Einzelnen ein Klagerecht vor dem Europäischen Gerichtshof eingeräumt werden. Die sogenannte "unmittelbare Wirkung" der vertraglichen Verbotsnormen besteht vielmehr als Reflex der Gemeinschaftsrechtsordnung und ihres Anspruchs auf Durchsetzung vor den nationalen Gerichten in einem subjektiv öffentlich-rechtlichen Anwendungsanspruch besonderer Art.

Damit stellt sich die entscheidende Frage, ob es einen Unterschied machen kann, ob eine dem Mitgliedstaat auferlegte unbedingte und hinreichend konkrete Unterlassungspflicht vom Vertragsgesetzgeber festgelegt oder in Form eines staatsgerichteten Rechtsaktes durch den einfachen Gemeinschaftsgesetzgeber näher umschrieben wird. Die rechtliche Verbindlichkeit von Richtlinien und Entscheidungen, insbesondere die Verpflichtung der Richtlinie entgegenstehendes nationales Recht aufzuheben, ergibt sich nicht aus der Richtlinie selbst, sondern aus dem vertraglichen Gemeinschaftsrecht. Richtlinien sind für die Mitgliedstaaten hinsichtlich ihres Zieles gemäß Artikel 189 EWG-Vertrag verbindlich: Besteht das Ziel der Richtlinie oder der Gegenstand einer Entscheidung in dem Verbot der Aufrechterhaltung oder Wiedereinführung einer nationalen Regelung, können Zweifel, ob der als Reflex der Gemeinschaftsrechtsordnung resultierende öffentlich-rechtliche Anwendungsanspruch des Einzelnen auch in diesem Fall zum Tragen kommt, nicht auftauchen, ohne daß zugleich die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Unterlassungsverpflichtungen des Vertrages in Frage gestellt würde. Nichts anderes kann aber für den Fall gelten, daß eine Richtlinie die Mitgliedstaaten zur Übernahme einer in ihr enthaltenen Modellgesetzgebung verpflichtet: Dem Mitgliedstaat obliegt in

diesem Fall kraft Gemeinschaftsrechts die Verpflichtung, jedwede der Modellgesetzgebung entgegenstehende nationale Regelung aufzuheben bzw. nicht in Kraft zu setzen. Diese Unterlassungsverpflichtung unterscheidet sich - außer daß der Sachverhalt komplexer ist - durch nichts von der Unterlassungsverpflichtung, die zum Tragen gelangt, wenn sich eine Richtlinie oder Entscheidung in einem einfachen Verbot (der Beibehaltung einer bestimmten Maßnahme) erschöpft. Sie unterscheidet sich von der Unterlassungsverpflichtung, die aus einer Verbotsnorm des Vertrages folgt, nur dadurch, daß sie hinsichtlich des Tatbestandes erst durch den Gemeinschaftsgesetzgeber tatbestandsmäßig konkretisiert worden ist.

Rechtsgrundlage der Drittwirkung staatengerichteter Verbote und zwar gleichermaßen des vertraglichen wie des derivativen Gemeinschaftsrechts ist eine allgemeine Rechtsnorm des Gemeinschaftsrechts; sie ergibt sich ungeschriebenermaßen aus Artikel 189 EWG-Vertrag.

Die entscheidende Frage ist, ob sich alle bislang vom Gerichtshof entschiedenen Fälle, in denen einem Einzelnen die Befugnis zur Berufung auf die "unmittelbare Wirkung" einer Entscheidung oder Richtlinie zuerkannt worden ist, als ein Verstoß des betreffenden Mitgliedstaates gegen eine Unterlassungs- bzw. Beseitigungspflicht einstufen lassen. Trifft es zu, daß der Gerichtshof bislang eine Direktwirkung dann nicht angenommen hat, wenn es darum ging, daß ein Mitgliedstaat einer vertraglichen oder einer Verpflichtung aus derivativem Gemeinschaftsrecht zur Einführung einer bestimmten, den Einzelnen begünstigenden und im nationalen Recht bislang auch nicht in anderer Form verankerten Rechtsposition nicht nachgekommen ist?

Tatsächlich spricht eine Vermutung dafür, daß der Gerichtshof Richtlinien bzw. Entscheidungen die Direktwirkung nur in Fällen entgegenstehender belastender, das heißt mit einem Eingriff in die Freiheits- und Vermögenssphäre verbundener, dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehender nationaler Regelungen anerkannt

hat. Die übliche Fallkonstellation, wie sie sich zwangsläufig vor dem nationalen Gericht ergibt, setzt voraus, daß der Einzelne sich gegenüber der Hoheitsgewalt zur Wehr setzt und die Unanwendbarkeit einer nationalen Regelung, aufgrund derer er belastet wird, geltend macht. Der Einzelne beruft sich bei dieser Grundkonstellation fallimmanent immer auf eine Unterlassungs- bzw. Beseitigungspflicht. Die Berufung auf eine Handlungspflicht setzt begrifflich eine Fallkonstellation voraus, die sich von der hier erörterten grundlegend unterscheidet, nämlich nicht die Abwehr gegenüber einer nationalen Regelung impliziert. Auch in den Fällen, in denen geltend gemacht wird, daß der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung einer Richtlinie deren Inhalt verfehlt hat, beruft sich der Einzelne auf eine Unterlassungsverpflichtung. Er macht in diesem Fall geltend, daß der nationale Gesetzgeber über die Regelung der Richtlinie hinaus eine zusätzliche Belastung verfügt habe. Hat der nationale Gesetzgeber die Richtlinie - soweit diese dem Einzelnen Rechte auf Leistungen der öffentlichen Hand einräumt - zu eng interpretiert, kann es nicht zu einem für den Fall der Drittwirkung typischen Verfahren vor einem nationalen Gericht kommen.

Bewegt sich die bisherige Rechtsprechung, was im einzelnen sorgfältig nachzuprüfen wäre, in dem aufgezeigten Rahmen, kann ihr nicht der Vorwurf gemacht werden, daß sie die Grenzen zwischen einer Verordnung und der Richtlinie bzw. der Entscheidung verwische. Die Verordnung gilt gemäß Artikel 189 EWG-Vertrag unmittelbar in der Weise, daß jeder Einzelne gegenüber jedermann diejenigen Rechte geltend machen kann, die sich aus der Verordnung für ihn ergeben. Richtlinie und Entscheidung sind trotz ihrer Drittwirkung hinsichtlich ihres Regelungsgehaltes nur für den Mitgliedstaat verbindlich; die Rechtsmacht des Einzelnen aus der sogenannten Direktwirkung beschränkt sich auf einen öffentlich-rechtlichen Anwendungsanspruch, der aus jeder staatengerichteten Unterlassungsverpflichtung resultiert, und der ausschließlich darin besteht, daß in gerichtlichen Verfahren dem Einzelnen nationales Recht, das der Mitgliedstaat gemeinschafts-

rechtlich nicht mehr aufrechterhalten darf, nicht entgegengehalten werden kann.

Die Drittwirkung staatengerichteter Verbote des derivativen Gemeinschaftsrechts unterscheidet sich von der unmittelbaren Geltung, mit der die Verordnung ausgestattet ist, maßgeblich dadurch, daß die Verordnung auch die administrative Gewalt bindet. Die Berufung auf die Drittwirkung einer Richtlinie bzw. Entscheidung kann demgegenüber nur vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden. Der Gerichtshof hat sich bisher - bewußt oder unbewußt - in sämtlichen Urteilen auf die Feststellung beschränkt, daß die betreffende Regelung des Vertrages oder der Richtlinie unmittelbare Wirkungen erzeuge und Rechte begründe, auf die sich der Einzelne vor dem nationalen Gericht berufen könne. Obwohl der Gerichtshof bislang ersichtlich noch nicht darüber zu entscheiden brauchte, ob dem Einzelnen ein entsprechender Abwendungsanspruch auch in einem Verfahren vor der Verwaltung, etwa der Zoll- oder der Finanzverwaltung zusteht, dürfte die ausdrückliche Beschränkung der Berufung auf das Gemeinschaftsrecht in Gerichtsverfahren indes kein Zufall sein. Anders als die Gerichte können die Verwaltungsbehörden, wenn sie hinsichtlich der Auslegung, Tragweite und Geltung des Gemeinschaftsrechts Zweifel haben, den Europäischen Gerichtshof nicht um die Auslegung der Gemeinschaftsregelung ersuchen; das Vorabentscheidungsverfahren des Artikel 177 EWG-Vertrag ist vielmehr ausschließlich den Gerichten vorbehalten. Im Gegensatz zu den Gerichten steht den Verwaltungsbehörden auch nicht die Befugnis zu, im Falle eines Widerstreits von Gemeinschaftsrecht mit nationalem Recht letzteres nicht anzuwenden. Den Verwaltungsbehörden wird jedenfalls bislang kein Verwerfungsrecht bzw. nicht der judicial review zuerkannt. Ein solches Recht würde, wenn es der Verwaltung zugebilligt würde, die Erstreckung der Befugnis zur Anrufung des Gerichtshofes gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag, als eine Vertragsänderung, erforderlich machen.

Die aufgezeigte, auf das Verfahren vor den Gerichten beschränkte Wirkung des subjektiv-öffentlichen Abwendungsanspruchs ist natürlich dem kritischen Einwand ausgesetzt, daß der Rechtsvor- teil, der dem Einzelnen mit der Drittwirkung gewährt wird, durch Rechtsunsicherheit erkaufte ist. Den nationalen Gerichten könne nicht die Aufgabe überantwortet werden, in einer Vielzahl rechtlicher Verfahren den Staatsbürgern, zum Beispiel in ihrer Eigenschaft als Steuerschuldner zu etwas zu verhelfen, was ihnen der nationale Gesetzgeber und in Ausführung seiner Anordnung eine automatisch das Gesetz vollziehende Verwaltung - wenn auch ge- meinschaftspflichtwidrig - versagt habe.

Hierbei handelt es sich tatsächlich um einen Einwand, dem nach- zugehen lohnenswert wäre. Im Zusammenhang mit der Fragestellung, die diesen Ausführungen zugrundeliegt, interessiert indes nur die Frage, ob die aufgezeigte beschränkte Wirkung ein durch- schlagendes Argument gegen die Direktwirkung vertraglicher Ver- botsnormen bzw. von Richtlinien und Entscheidungen darstellt. Stellt die spezifische Wirkungsweise des hier untersuchten Frei- heits- und Abwehrrechts eine Besonderheit dar oder ordnet sich das Freiheits- und Abwehrrecht mit dieser spezifischen Wirkung in das System des Gemeinschaftsrechts ein?

Diese Frage ist ersichtlich bislang nicht gestellt, und deshalb auch vom Gerichtshof bislang nicht beantwortet worden. Bekannt- lich stand der Bundesfinanzhof bereits früher der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur unmittelbaren Wirkung der vertraglichen Verbotsnormen kritisch gegenüber. So hat er in der Begründung des Vorlagebeschlusses, der zu dem Urteil des Gerichts- hofes vom 3.4.1968 (RS 28/67)²⁴ geführt hat, dem Gerichtshof die heikle Frage vorgelegt, ob es wirklich rechtens sein könne, daß dem Einzelnen mehr Rechte eingeräumt sein sollen als der Gemeinschaft selbst. Die Gemeinschaft sei aufgrund des gemein- schaftsrechtlichen Aufsichtsverfahrens gemäß Artikel 169 EWG- Vertrag berechtigt, von dem Mitgliedstaat die Beseitigung des gemeinschaftsrechtswidrigen Zustandes zu verlangen, der in

der Aufrechterhaltung einer nationalen Rechtsnorm liege, deren Beseitigung das Gemeinschaftsrecht dem Mitgliedstaat aufgabe. Der Anspruch der Gemeinschaft erschöpfe sich gegebenenfalls in der gerichtlichen Feststellung, daß der Mitgliedstaat mit der Aufrechterhaltung der Rechtsnorm seiner gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung nicht nachkomme; weitergehende Befugnisse und Machtmittel stünden der Gemeinschaft nicht zu.²⁵

Obgleich diese Frage, wenn sie etwas anders gestellt wird, den Geltungsgrund und die Struktur der Gemeinschaftsgewalt berührt und zu einer Antwort herausfordert, ist der Gerichtshof seinerzeit ihrer Beantwortung ausgewichen. Mit Recht weist Daig darauf hin, daß die Besonderheit der Drittwirkung darin besteht, daß kraft Gemeinschaftsrechts ein Rechtsverhältnis zwischen dem Einzelnen und dem Mitgliedstaat begründet werde, dessen subjektiven Rechte der Einzelne allein vor den nationalen Gerichten geltend machen könne; der Einzelne habe nicht die Möglichkeit, im Wege einer Klage vom Gerichtshof feststellen zu lassen, daß die Aufrechterhaltung der ihn belastenden nationalen Rechtsnorm dem Gemeinschaftsrecht widerspreche.²⁶ Um die Problematik transparent werden zu lassen, genügt es, sich vorzustellen, das Gemeinschaftsrecht würde dem Einzelnen eine solche Klagebefugnis zubilligen mit der Folge, daß der Einzelne durch den Gerichtshof feststellen lassen könnte, daß beispielsweise der von seiner Regierung entgegen der Verbotsregelung des Artikels 12 EWG-Vertrag eingeführte Zoll gemeinschaftsrechtswidrig sei. Der Einzelne hätte den gemeinschaftsrechtswidrig eingeführten Zoll ungeachtet der Klagebefugnis und eines entsprechenden Feststellungsurteils des Gerichtshofes gleichwohl zu entrichten, sofern nicht das nationale Gericht, vor dem der Zollbescheid angefochten wird, befugt wäre, die nationale Rechtsnorm, aufgrund derer der Zoll erhoben worden ist, als unanwendbar beiseite zu lassen. Diese - entscheidende - Rechtsmacht der nationalen Gerichte setzt aber voraus, daß das - vorrangige - Gemeinschaftsrecht nicht nur die Erhebung des Zolls untersagt, sondern darüber hinaus im Rahmen eines Rechtsverhältnisses zwischen dem betroffenen

Einzelnen und dem Mitgliedstaat die Wirkung entfaltet, daß die Gerichte von der Anwendung des nationalen Rechts im Konfliktfall entbunden sind.

Hinter der Drittwirkung von Verbotsnormen des Vertrages bzw. hinter der sogenannten Direktwirkung von Richtlinien und Entscheidungen verbirgt sich demnach eine Rechtsnorm, die der Sicherung der Geltung des Gemeinschaftsrechts dient. Diese Rechtsnorm gelangt aber nicht nur bei der Drittwirkung von Richtlinien und Entscheidungen zur Anwendung, sondern ist gleichermaßen zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts erforderlich, wenn der Einzelne vor einem nationalen Gericht geltend macht, daß eine nationale Rechtsvorschrift, zum Beispiel eine bundesgesetzliche Regelung - entgegen der von der Verwaltung eingenommenen Auffassung - ihm nicht entgegengehalten werden könne, weil eine unmittelbar anwendbare Regelung des Gemeinschaftsrechts, d.h. eine Verordnung das Rechtsverhältnis zu seinen Gunsten anders regelt. Der nationale Richter hat auch in diesem Fall nur deshalb die Rechtsmacht, die nationale Rechtsnorm zurückzustellen und die vorrangige Norm des Gemeinschaftsrechts anzuwenden, weil er hierzu aufgrund des Gemeinschaftsrechts unter Zurückdrängen seiner Bindungen aus dem nationalen Recht, ermächtigt und verpflichtet ist, das heißt das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen ein entsprechendes subjektiv öffentliches Freiheitsrecht gewährt. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Verordnung des Gemeinschaftsrechts ist nur unter der Annahme gewährleistet, daß dem Einzelnen im Konfliktfall vor den nationalen Gerichten ein subjektiv öffentlicher Abwendungsanspruch zusteht, der dem Freiheitsrecht aus der Drittwirkung der Richtlinien und Entscheidungen entspricht.

Damit wird der Kern der Problematik ausreichend erkennbar: Die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts erfordert einerseits die Zurückdrängung nationalen Rechts als Folge seines Geltungsranges, ist aber andererseits der nationalen Gerichtsbarkeit überantwortet. Die Gerichtsbarkeit der Gemeinschaft gewährleistet die Geltung des Gemeinschaftsrechts zugunsten des Ein-

zeln lediglich in den wenigen Bereichen gemeinschaftsunmittelbarer Verwaltung, insbesondere im Bereich der Wettbewerbsaufsicht. In den meisten Bereichen sind die nationalen Gerichte damit betraut, dem Gemeinschaftsrecht zur Geltung zu verhelfen und den Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu sichern.

Die Frage ist, ob die nationalen Gerichte dann, wenn sie Gemeinschaftsrecht zur Grundlage ihrer Entscheidung machen, insbesondere dann, wenn sie gleichzeitig formal gültiges nationales Recht infolge des Vorranganspruchs des Gemeinschaftsrechts unanwendbar lassen, nationale Staatshoheitsgewalt ausüben oder ob sie in diesen Fällen - von der Gemeinschaft in Dienst genommen - die übergeordnete Gemeinschaftsgewalt zur Geltung bringen.

Dieser Frage - die zu den noch ungelösten Fragen des Gemeinschaftsrechts zählt - kann hier nicht nachgegangen werden. Für die Zwecke dieser Ausführungen genügt als abschließende zusammenfassende Feststellung, daß das als Inhalt der Direktwirkung von Richtlinien und Entscheidungen herauskristallisierte subjektiv-öffentliche Abwendungsrecht im Bereich der unmittelbaren Gesetzgebung der Verordnung der Gemeinschaft sein Gegenstück hat. Dieses Recht ist mehr als eine beiläufig vom Gerichtshof aus Gründen des effet utile entwickelte zusätzliche Wirkung der als unzulänglich empfundenen Richtlinie bzw. Entscheidung; es ist ein Bauelement der Gemeinschaftsgewalt, die auf die nationale Gerichtsbarkeit angewiesen ist und ohne diese Wirkung ihre rechtsordnende Tätigkeit nicht entfalten kann.

Anmerkungen

- 1 Siehe Urteil des französischen Conseil d'Etat vom 22.12.1978, nichtamtliche Übersetzung des Sekretariats des Europäischen Parlaments, in: Europarecht 1979, S. 292 ff. mit Anmerkung von Bieber; Urteil des BFH - V B 51/80 - vom 16.7.1981 BFHE 133 S. 470; Urteil des EuGH vom 19.1.1982 - RS 8/81 - Slg. 1982, S. 53 ff.
- 2 Slg. 1982, S. 53 ff.
- 3 Siehe Hahn, Nochmals: Zur Drittwirkung von EG-Richtlinien im Umsatzsteuerrecht, in: RIW 1982 (Heft 7), S. 503 ff. mit weiteren Schrifttumsangaben.
- 4 Bd. XVI, S. 825 ff.
- 5 AB1. 1965, S. 1500 ff.
- 6 Slg. IX, S. 1 ff.
- 7 Daig, Die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zur unmittelbaren Wirkung von EWG-Bestimmungen auf die Rechtsbeziehungen zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsbürgern, in: Europarecht 1970, S. 1 ff.
- 8 Zuleeg, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, Köln 1969, S. 303.
- 9 Grabitz, Entscheidungen und Richtlinien als unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht, in: Europarecht 1971, S. 1 ff.
- 10 Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, S. 120 ff.
- 11 Slg. 1979, S. 1629 ff.
- 12 AB1. 1973, L 189, S. 7.
- 13 AB1. 1977, L 303, S. 23.
- 14 Slg. 1974, S. 1337 ff.
- 15 Slg. 1975, S. 297 ff.
- 16 AB1. 1964, S. 850.
- 17 Siehe oben, Fußnote 1.
- 18
- 19 Siehe oben, Fußnote 1.

- 20 Siehe oben, Fußnote 1.
- 21 AB1. 1977, L 145, S. 1.
- 22 BVerwG vom 1. Juli 1975, BVerwGE 49, 60.
- 23 Siehe Fußnote 6.
- 24 EuGH vom 3.4.1968 - RS 28/67 - Molkereizentrale
Slg. XIV, S. 216 ff.
- 25 Wiedergegeben bei Daig, oben Fußnote 7, a.a.O., S. 14/15.
- 26 Dazu Daig, oben Fußnote 7, a.a.O., S. 14 ff.